

Processo C-518/23**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

10 de agosto de 2023

Órgão jurisdicional de reenvio:

Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal de Justiça Federal, Alemanha)

Data da decisão de reenvio:

27 de julho de 2023

Demandante e recorrente em «Revision»:

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. (Federação das Centrais e Associações de Consumidores da Alemanha)

Demandada e recorrida em «Revision»:

NEW Niederrhein Energie und Wasser GmbH

Objeto do processo principal

Proteção dos consumidores – Publicidade – Preço da eletricidade – Diretiva 2005/29/CE – Artigo 7.º, n.ºs 1 e 4, alínea c) – Informação sobre a forma de cálculo do preço

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

Interpretação do direito da União, artigo 267.º TFUE

Questão prejudicial

A informação a fornecer pelo profissional nos termos do artigo 7.º, n.ºs 1 e 4, alínea c), da Diretiva 2005/29/CE, sobre a forma de cálculo do preço em caso de fixação dos preços em função do consumo deve ser prestada de modo tal que

permita ao consumidor, com base nessa informação, proceder por si mesmo a um cálculo do preço se conhecer o seu consumo?

Disposições de direito da União invocadas

Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 («diretiva relativa às práticas comerciais desleais») (JO 2005, L 149, p. 22), em particular, artigo 7.º, n.ºs 1 e 4, alínea c)

Disposições de direito nacional invocadas

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Lei contra a Concorrência Desleal, a seguir «UWG»), em particular o § 5a, n.º 1, e o § 5b, n.º 1, ponto 3

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 A demandante é a federação que agrupa 16 centrais de consumidores na Alemanha. A demandada é uma empresa de fornecimento de energia que opera em toda a Alemanha, que fornece eletricidade a particulares, incluindo clientes que compram energia térmica para aquecimento noturno. Durante o horário noturno, a demandada oferece a sua eletricidade a esses clientes a uma tarifa reduzida. Esta tarifa é mais barata do que a tarifa elevada que é aplicável nas restantes horas. Os clientes que têm aquecedores de armazenamento noturno utilizam eletricidade a uma tarifa reduzida para carregar os seus aquecedores.
- 2 Em função das condições locais, no caso desses clientes, o consumo de energia térmica e de eletricidade geral é registado separada ou conjuntamente. No caso da contagem conjunta, é utilizado um contador de tarifa dupla que dispõe de dois leitores de disco. Um leitor é utilizado para registar o consumo de eletricidade durante as horas de disponibilização à tarifa reduzida e o outro é utilizado para registar o consumo de eletricidade durante as restantes horas à tarifa elevada. Todavia, durante o período de aplicação da tarifa reduzida, para além da energia térmica também é consumida eletricidade geral, que não é suscetível de ser registada separadamente. Alguns operadores de rede de distribuição atribuem, portanto, aos fornecedores de eletricidade uma quantidade dita de compensação que contabiliza numa base forfetária uma parte do consumo de eletricidade calculado à tarifa reduzida de acordo com a tarifa elevada. A demandada repercute a quantidade de compensação imposta pelos operadores de rede nos seus clientes. O operador da rede local na sede da demandada impôs-lhe uma quantidade de compensação de 25 %.

- 3 Nas suas condições gerais, cuja tomada de conhecimento deve ser confirmada pelo cliente aquando do processo de encomenda na Internet, a demandada indica que o operador de rede local determina o horário do fornecimento e a quantidade de compensação. Indica igualmente o horário de fornecimento e o período de aplicação da tarifa reduzida fixada pelo operador de rede local na sua sede e indica a quantidade de compensação fixada por este em 25 %.
- 4 No seu sítio Internet, a demandada disponibiliza uma calculadora de tarifas para as suas tarifas de eletricidade, que pode igualmente ser utilizada por clientes que adquirem energia térmica e que dispõem de um contador de tarifa dupla. Na calculadora de tarifas, estes devem introduzir o seu código postal e os seus volumes de consumo na tarifa elevada e na tarifa reduzida. No final do processo, os clientes recebem uma proposta tarifária que podem aceitar.
- 5 A demandante contesta as propostas tarifárias geradas pela demandada através da sua calculadora de tarifas. O preço total apresentado é demasiado baixo porque não tem em conta a quantidade de compensação.
- 6 A demandante pede que a demandada seja condenada, nomeadamente, a abster-se, por si ou por terceiros, de publicitar uma oferta de energia elétrica e, nesse contexto, durante todo o processo de encomenda, não informar expressamente o consumidor, por si ou por terceiros, quanto ao método de faturação, da quantidade de compensação concreta quando a energia térmica e a eletricidade doméstica são medidas em conjunto com um contador de tarifa dupla (a seguir «pedido de cessação»).
- 7 Com o pedido de cessação, a demandante contesta a publicidade feita pela demandada no seu sítio Internet, que contém uma oferta de energia térmica sem referência explícita «quanto ao método de faturação da energia térmica sobre a quantidade de compensação concreta». Em nenhum momento do processo de encomenda é feita qualquer referência à percentagem de compensação a aplicar. Só nas condições gerais da demandada é que se faz referência à percentagem fixa de compensação entre a tarifa reduzida e a tarifa elevada de 25 %. A demandada não informa o consumidor, no âmbito do processo de encomenda que inclui a utilização da calculadora tarifária, da percentagem da quantidade de compensação que é imposta pelo operador de rede e que ela repercute, para o código postal específico introduzido pelo cliente.
- 8 O Landgericht (Tribunal Regional, Alemanha) julgou a ação improcedente. O Oberlandesgericht (Tribunal Regional Superior, Alemanha) negou provimento ao recurso interposto pela demandante desta decisão.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 9 O pedido de cessação deve ser deferido se a informação a fornecer pela demandada, ao abrigo do § 5a, n.º 1, § 5b, n.º 1, ponto 3, da UWG [artigo 7.º, n.ºs 1 e 4, alínea c), da Diretiva 2005/29], sobre a forma de cálculo do preço,

incluir a percentagem da quantidade de compensação aplicável ao respetivo cliente como «informação substancial».

- 10 De acordo com o § 5a, n.º 1, da UWG, pratica um ato desleal aquele que induzir em erro um consumidor ou outro interveniente no mercado, omitindo-lhe uma informação substancial (n.º 1) que o consumidor ou outro interveniente no mercado necessite, em função das circunstâncias, para tomar uma decisão de transação esclarecida, e (n.º 2) cuja omissão é suscetível de conduzir o consumidor ou outro interveniente no mercado a uma decisão de transação que, de outro modo, não teria tomado. De acordo com o § 5a, n.º 3, da UWG, para efeitos de verificação de omissão de informações substanciais, devem ter-se em conta (n.º 1) limitações de espaço ou de tempo impostas pelo meio de comunicação escolhido para a prática comercial, bem como (n.º 2) todas as medidas tomadas pelo profissional para disponibilizar informações ao consumidor ou outros intervenientes no mercado por outro meio que não o meio de comunicação escolhido para a prática comercial. Estas disposições constituem uma transposição do artigo 7.º, n.ºs 1 a 3, em conjugação com o artigo 2.º, alínea k), da Diretiva 2005/29.
- 11 O § 5b, n.º 1, da UWG, enumera as informações que, na medida em que não resultem diretamente das circunstâncias, são consideradas substanciais na aceção do § 5a, n.º 1, da UWG, se os bens ou serviços forem oferecidos com base nas suas características e no seu preço de uma forma adequada aos meios de comunicação utilizados, de modo a que um consumidor médio possa concluir a transação. Esta disposição transpõe o artigo 7.º, n.º 4, em conjugação com o artigo 2.º, alínea i), da Diretiva 2005/29. De acordo com o § 5b, n.º 1, ponto 3, da UWG, esta informação inclui o preço total ou, nos casos em que tal preço não possa ser calculado antecipadamente devido à natureza do bem ou do serviço, a maneira como o preço é calculado, bem como, se for caso disso, todos os custos suplementares de transporte, de expedição e entrega e postais ou, quando estas despesas não puderem ser razoavelmente calculadas de forma antecipada, a indicação de que esses custos suplementares ficarão a cargo do consumidor. Esta disposição teve origem no artigo 7.º, n.º 4, alínea c), da Diretiva 2005/29.
- 12 Em conformidade com o § 5b, n.º 1, da UWG, o fornecimento de eletricidade anunciado pela demandada é oferecido de forma a que um consumidor médio possa concluir a transação.
- 13 Ao transpor o artigo 7.º, n.º 4, da Diretiva 2005/29, o legislador alemão optou, em vez do conceito de «convite a contratar» utilizado nesta diretiva, por definir que os bens ou serviços são oferecidos de forma a permitir que um consumidor médio possa concluir a transação. De acordo com a interpretação do § 5b, n.º 1, da UWG, em conformidade com a diretiva, que é exigida por aquela disposição, para que se verifique uma oferta na aceção desta disposição é suficiente que exista um convite a contratar na aceção do artigo 7.º, n.º 4, da Diretiva 2005/29. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, é esse o caso quando a informação relativa ao produto comercializado e ao seu preço for suficiente para que o consumidor

possa tomar uma decisão de transação, sem que seja necessário que a comunicação comercial comporte igualmente um meio concreto de adquirir o produto ou surja associada a essa possibilidade (v. Acórdão de 12 de maio de 2011, Ving Sverige, C-122/10, EU:C:2011:299, n.º 33). Nos termos do artigo 2.º, alínea k), da Diretiva 2005/29 (§ 2, n.º 1, ponto 1, da UWG), entende-se por decisão de transação a decisão tomada por um consumidor sobre a questão de saber se, como e em que condições adquirir; tal inclui igualmente, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, uma decisão que apresenta uma relação direta com esta, nomeadamente a de entrar na loja (v. Acórdão de 19 de dezembro de 2013, Trento Sviluppo e Centrale Adriatica, C-281/12, EU:C:2013:859, n.º 36) e, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, o acesso a um portal de vendas na Internet.

- 14 A publicidade impugnada da demandada constitui um convite a contratar e, portanto, uma oferta na aceção do § 5b, n.º 1, da UWG. Ao utilizar a calculadora de tarifas da demandada, o consumidor recebe as informações essenciais de que necessita para poder tomar a decisão de transação de celebrar um contrato de fornecimento de eletricidade com a demandada. O sítio Internet da demandada permite mesmo ao consumidor celebrar diretamente, com base no resultado do cálculo da tarifa, um contrato de fornecimento de eletricidade. Dado que a decisão de transação relevante reside já no início do processo de encomenda, a referência à quantidade de compensação nas condições gerais da demandada, que esta dá a conhecer ao consumidor no âmbito desse processo de encomenda não é suscetível, quanto mais não seja por razões temporais, de cumprir a sua obrigação de informação.
- 15 No caso em apreço, a demandada deve, portanto, em princípio, fornecer, com o convite a contratar, uma informação sobre a forma de cálculo do preço, em conformidade com o artigo 7.º, n.ºs 1 e 4, alínea c), da Diretiva 2005/29 (§ 5a, n.º 1, e § 5b, n.º 1, ponto 3, da UWG).
- 16 Devido à natureza do produto, o preço (total) de fornecimento de eletricidade não pode ser calculado antecipadamente, uma vez que depende da quantidade de eletricidade efetivamente consumida. A quantidade de eletricidade efetivamente consumida pode diferir da quantidade de eletricidade que o consumidor introduz na calculadora tarifária da demandada.
- 17 No caso em apreço, coloca-se a questão, cuja resposta não é evidente, de saber se a informação sobre a forma de cálculo do preço, que deve ser fornecida por força do artigo 7.º, n.ºs 1 e 4, alínea c), da Diretiva 2005/29 (§ 5a, n.º 1, § 5b, n.º 1, ponto 3, da UWG), deve ser permitir que o cliente possa, com base nessa informação, efetuar um cálculo de preço independente se conhecer o consumo que lhe diz respeito.
- 18 Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a natureza do cálculo do preço inclui as modalidades de cálculo do preço final bem como, se for o caso, os custos suplementares ou a menção de que esses custos são a cargo do consumidor (v.

Acórdão de 12 de maio de 2011, Ving Sverige, C-122/10, EU:C:2011:299, n.º 65). A este respeito, cabe ao órgão jurisdicional nacional verificar se a omissão das modalidades de cálculo do preço final não impede o consumidor de tomar uma decisão de transação esclarecida e, por conseguinte, não o conduz a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo. Deve igualmente ter em conta as limitações próprias do meio de comunicação utilizado, a natureza e as características do produto, bem como outras medidas tomadas efetivamente pelo profissional para disponibilizar a informação ao consumidor (v. Acórdãos de 12 de maio de 2011, Ving Sverige, C-122/10, EU:C:2011:299, n.ºs 65 a 72, e de 26 de outubro de 2016, Canal Digital Danmark, C-611/14, EU:C:2016:800, n.ºs 58 e 62 a 64).

- 19 O consumidor precisa de conhecer a percentagem concreta da quantidade de compensação para tomar uma decisão esclarecida e a omissão dessa informação é suscetível de o conduzir a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo.
- 20 Os requisitos do § 5a, n.º 1, pontos 1 e 2, da UWG (artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 2005/29), segundo os quais o consumidor necessita da informação omitida, em função das circunstâncias, para tomar uma decisão esclarecida e a omissão desta informação é suscetível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo, constituem elementos constitutivos que devem ser examinados de forma autónoma.
- 21 Alguns operadores de redes de distribuição atribuem uma quantidade de compensação aos fornecedores de eletricidade. Por conseguinte, o montante da percentagem da quantidade de compensação depende da decisão do operador de rede. Além disso, em sede de recurso, há que invocar, a favor do demandante, a sua alegação controvertida segundo a qual nem todos os fornecedores de eletricidade repercutem a quantidade de compensação imposta pelo operador de rede nos clientes. Por conseguinte, no caso em apreço, estão preenchidos os outros requisitos do § 5a, n.º 1, pontos 1 e 2, da UWG, uma vez que só o montante da percentagem da quantidade de compensação tida em conta pela demandada no cálculo do preço permite uma comparação da oferta da demandada com a de outros fornecedores de eletricidade. O mesmo acontece, aliás, se todos os fornecedores de eletricidade repercutirem do mesmo modo nos clientes a quantidade de compensação imposta pelo operador de rede, uma vez que pode haver duas ofertas concorrentes, uma das quais apresenta um preço mais vantajoso na tarifa baixa e a outra um preço mais vantajoso na tarifa elevada. Depende então (também) da percentagem da quantidade de compensação qual a oferta mais vantajosa para o consumidor.
- 22 Não está provado nem é evidente que a demandada, que faz publicidade no seu sítio Internet ao incluir uma calculadora tarifária, esteja sujeita a restrições devido ao meio de comunicação que utiliza.

- 23 O litígio suscita a questão, cuja resposta não é evidente, de saber como deve ser interpretado o critério de «a maneira como o preço é calculado» na aceção do artigo 7.º, n.ºs 1 e 4, alínea c), da Diretiva 2005/29 (§ 5a, n.º 1, § 5b, n.º 1, ponto 3, da UWG). A questão prejudicial visa esclarecer se a informação que o profissional deve fornecer sobre a forma de cálculo do preço em caso de fixação de preços em função do consumo deve permitir que o cliente possa, com base na informação fornecida, efetuar um cálculo de preço de forma independente quando conhece o consumo que lhe diz respeito.
- 24 A expressão «a maneira como o preço é calculado» permite uma interpretação no sentido de que é suficiente que o profissional se limite a fornecer informações gerais sobre os elementos relevantes para o cálculo do preço e sobre as modalidades do referido cálculo. Na medida em que o Tribunal de Justiça considerou que a obrigação de fornecer informações sobre a forma de cálculo do preço também se refere às modalidades de cálculo do preço final (v. Acórdão de 12 de maio de 2011, Ving Sverige, C-122/10, EU:C:2011:299, n.º 65), tal também não exclui *a priori* uma tal interpretação.
- 25 No entanto, o objetivo da Diretiva 2005/29 de assegurar um elevado nível de proteção dos consumidores (v. considerandos 5 e 6 e artigo 1.º da Diretiva 2005/29; Acórdão de 26 de outubro de 2016, Canal Digital Danmark, C-611/14, EU:C:2016:800, n.ºs 25 e segs. e 62) poderia militar a favor da ideia de que a informação deve permitir ao consumidor determinar o preço. Todavia, não resulta da Diretiva 2005/29 nenhuma outra especificação da expressão «a maneira como o preço é calculado».
- 26 O contexto regulamentar do artigo 7.º, n.º 4, alínea c), da Diretiva 2005/29, pode igualmente militar contra a hipótese de ser suficiente uma referência geral a uma quantidade de compensação a ter em conta. No que diz respeito aos custos suplementares de transporte, de expedição e entrega e postais que não possam ser razoavelmente calculados de forma antecipada, é suficiente indicar que esses custos suplementares ficarão a cargo do consumidor. No entanto, esta parte da disposição não se refere às informações sobre a maneira como o preço é calculado (v. Conclusões do advogado-geral P. Mengozzi no processo Citroën Commerce, C-476/14, EU:C:2015:814, n.º 73). Tal poderá indicar que são necessárias informações mais pormenorizadas a este respeito. O litígio não incide sobre os custos suplementares, mas sobre as modalidades de cálculo do preço final.
- 27 O órgão jurisdicional de reenvio salienta, além disso, que a omissão de uma informação pressupõe que a informação está abrangida pelo setor de atividade e pela responsabilidade do profissional ou que este esteja em condições de obter essa informação fazendo um esforço razoável. Esta posição tem em conta o facto de as obrigações de informação restringirem a liberdade de empresa (artigo 16.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia), pelo que devem ser proporcionadas. É certo que a Diretiva 2005/29, no seu artigo 7.º, n.º 3, apenas prevê restrições espaciais e temporais do meio de comunicação utilizado pelo profissional, e não à disponibilidade ou à obtenção da informação. Todavia, se

este aspeto fosse completamente ignorado, o profissional teria, nesses casos, de se abster de fazer essa publicidade sob a forma de um convite a contratar e recorrer a outras formas de publicidade. No entanto, o órgão jurisdicional de recurso, enquanto órgão jurisdicional que conhece do mérito, não declarou que a demandada estava impossibilitada de obter informações sobre as percentagens da quantidade de compensação. Embora tenha declarado no acórdão de recurso que não era possível à demandada indicar uma quantidade de compensação concreta, não há conclusões quanto ao ónus que seria imposto à demandada para compilar as percentagens das quantidades de compensação numa base de dados, desde que estas já fossem do seu conhecimento, e para completar as percentagens de compensação, que ainda não fossem do seu conhecimento, através de uma consulta dos operadores de rede de distribuição em causa, e para manter as informações atualizadas.